

VU Research Portal

Rechtspersoonlijkheid van de personenvennootschap

van Veen, W.J.M.

published in

Ondernemingsrecht
2019

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van Veen, W. J. M. (2019). Rechtspersoonlijkheid van de personenvennootschap. *Ondernemingsrecht*, 2019(12), 600-605. [2019/107]. <http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00D2276F&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Rechtspersoonlijkheid van de personenvennootschap

Ondernemingsrecht 2019/107

De personenvennootschap functioneert in veel opzichten al als rechtspersoon. Het verlenen van rechtspersoonlijkheid is vooral nuttig om goederenrechtelijke inefficiënties bij wisseling van vennoten op te heffen. Het gevaar van rechtspersoonlijkheid is dat men de personenvennootschap door een 'Boek 2 BW-bril' gaat bekijken en onnodig gaat problematiseren. Uit rechtsvergelijking blijkt dat rechtspersoonlijkheid vele verschijningsvormen kent. Voor de personenvennootschap is een 'licht' rechtspersoonlijkheidstype geïndiceerd. Zo'n licht rechtspersoonlijkheidstype past ook in ons recht. In het Voorontwerp (waarvan de tekst in dit themanummer is opgenomen als *Ondernemingsrecht 2019/120*) is dit goed verwerkt. Kritischer ben ik over het toekennen van rechtspersoonlijkheid aan de stille vennootschap en meer in het algemeen dat rechtspersoonlijkheid wordt verkregen zonder daarvoor een formeel vereiste te stellen. De ervaringen met de informele vereniging leren dat te verwachten is dat voor betrokkenen en/of hun wederpartijen niet zelden onduidelijk zal zijn of sprake is van een vennootschap/rechtspersoon. Dit leidt bij de stille vennootschap tot doorbreken van de *paritas creditorum* zonder dat crediteuren zich daartegen kunnen wapenen en meer in het algemeen tot onzekerheid over de vermogensposities. Het geeft voorts gelegenheid tot chicaneuze (proces) praktijken en rechtspersonen/UBO's die onder de radar kunnen functioneren doordat hun bestaan niet bekend is. Het stellen van een formeel vereiste, zoals inschrijving in het handelsregister, verdient mijns inziens aanbeveling.

1. Inleiding

De (openbare) personenvennootschap is een interessant fenomeen. Zij neemt als eenheid aan het rechtsverkeer deel, maar zij wordt niet als rechtspersoon erkend.² Zij kan onder haar naam in rechte optreden, heeft een van haar vennoten afgescheiden vermogen waarop alleen vennootschapscrediteuren verhaal kunnen nemen en zij kan onafhankelijk van haar vennoten failliet worden verklaard. Een wisseling van vennoten heeft geen invloed op de mogelijkheid tot verhaal op het vennootschapsvermogen en hierop is evenmin van invloed dat een of meer (tot het vermogen gerechtigde) vennoten niet persoonlijk aansprakelijk zijn voor de voldoening van de vennootschapschuld. Voorts wordt bij het toe- en uittreden van een vennoot weliswaar in theorie de vennoot-

schapsovereenkomst steeds ontbonden, maar de praktijk is dat een wisseling van vennoten de continuïteit en juridische identiteit van de vennootschap niet doorbreekt.

Het is niet onbegrijpelijk dat vóór de invoering van Boek 2 BW werd bepleit dat de openbare personenvennootschap als rechtspersoon moest worden beschouwd.³ De invoering van Boek 2 BW heeft in zoverre verandering gebracht, dat wij thans een gesloten stelsel van rechtspersonen kennen.⁴ De personenvennootschap moet als rechtspersoon zijn geregeld,⁵ om als zodanig te kunnen gelden. Voor het toekennen van rechtspersoonlijkheid wordt wél reeds lange tijd gepleit. Niet zozeer omdat dit de deelname aan het rechtsverkeer zal vergemakkelijken, maar omdat het de wisseling van vennoten in belangrijke mate zal vereenvoudigen.⁶ Rechtspersoonlijkheid van de personenvennootschap maakt een einde aan de noodzaak om bij een wisseling van vennoten een aandeel in de tot de vennootschappelijke gemeenschap behorende goederen te leveren aan de voortzettende respectievelijk toetredende vennoten.

Het toekennen van rechtspersoonlijkheid is niet zonder uitdagingen. Het noopt tot keuzes en aanpassingen in andere wetgeving. Men denkt bijvoorbeeld aan de fiscale inbedding en bepalingen waarin het begrip rechtspersoon voorkomt en waar de vraag rijst of hieronder ook de personenvennootschap-rechtspersoon moet worden begrepen. Zou bijvoorbeeld de personenvennootschap ook bestuurder kunnen zijn? Vanzelfsprekend is dit niet.⁷ Wordt deze vraag bevestigend beantwoord, dan rijst de vraag wie voor de toepassing van art. 2:11 BW als de bestuurders worden aangemerkt. Zijn dit alle (gewone) vennoten, of alleen de vennoten die met het bestuur zijn belast of in voorkomende gevallen (ook) de 'kantoordirecteur' die geen vennoot is?

1 Wino van Veen is hoogleraar Vennootschaps- en rechtspersonenrecht Vrije Universiteit Amsterdam, special counsel Ondernemingsrecht te Amsterdam en verbonden aan het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO).

2 Zie onlangs nog HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:649.

3 Zie o.m. P. Scholten, 'Over rechtspersonen – I. Het rechtskarakter der vennootschap onder firma', *WPNR* nrs. 2742-2745 (1922).

4 Zie o.m. Parl. Gesch. Boek 2 BW, Kluwer: Deventer/Antwerpen 1963, p. 14-15, 26, p. 52, p. 63-64; Invoeringswet NBW, MvA, *Kamerstukken II* 1984/85, 17725, nr. 7, p. 13.

5 Zie ook Parl. Gesch. Boek 2 BW, p. 46 (Drion), waarin expliciet is vermeld dat aan de destijds bestaande onzekerheid over de rechtspersoonlijkheid van de VOF door de nieuwe regeling een eind wordt gemaakt. Ook uit titel 3.7 BW blijkt dat het vennootschappelijk vermogen niet aan een rechtspersoon maar aan de vennoten toebehoort. Overigens weerhoudt dit alles M.J.G.C. Raaijmakers er niet van met verve te verdedigen dat de openbare personenvennootschap naar huidig recht als rechtspersoon heeft te gelden. Zie o.m. Pilto/Raaijmakers, *Ondernemingsrecht*, 2^e druk, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 105 e.v.

6 Zie o.m. *Kamerstukken II* 2003/04, 28 746, nr. 5 (NnavV), p. 3; Rapport Werkgroep Personenvennootschappen, *Naar een nieuwe regeling voor de personenvennootschappen* (ZIFO-reeks deel 21), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. Bijl. V-60 en -74; 'Praktijkonderzoek personenvennootschappen: resultaten, analyse en oplossingsrichtingen', in: *Postmoderne rechtsvormen, Aanbevelingen voor verdere modernisering van het ondernemingsrecht* (ZIFO-reeks deel 8), Deventer: Kluwer 2013, p. 28-29; en concept-MvT bij het Voorontwerp, m.n. p. 26.

7 De gelijkstelling met natuurlijke personen in art. 2:5 BW omvat niet mede het rechtspersonenrecht. Vgl. Parl. Gesch. Boek 2 BW, Kluwer: Deventer/Antwerpen 1963, p. 119.

Op deze kwesties ga ik in deze beschouwing niet in. Ik beperk mij hier tot de belangrijkste vraagstukken die in dit stadium van het wordingstraject aan de orde zijn en de wijze waarop deze in het Voorontwerp zijn geadresseerd. Dit betreft ten eerste het type rechtspersoonlijkheid waarmee de personenvennootschap wordt bekleed, ten tweede de kwestie welke vennootschapstypen voor rechtspersoonlijkheid in aanmerking komen en ten derde hoe rechtspersoonlijkheid wordt verkregen.

2. Het type rechtspersoonlijkheid - het risico van de 'Boek 2 BW-reflex'

De belangrijkste reden voor het toekennen van rechtspersoonlijkheid aan de personenvennootschap is, zoals gezien, het vereenvoudigen van het toe- en uittreden van vennoten. Op zichzelf kan dit resultaat ook op andere wijze worden bereikt. In de wet kan bijvoorbeeld worden geregeld dat bij het uittreden van een vennoot, diens (onverdeelde) aandeel in de goederen van vennootschap van rechtswege verblijft bij de voortzettende vennoten, en dat een toetredende vennoot van rechtswege een onverdeeld aandeel in de goederen van de vennootschap verkrijgt. De goederenrechtelijke inefficiënties bij wisseling van vennoten worden dan opgelost via het goederenrecht.

De rechtspersonenrechtelijke en goederenrechtelijke oplossing kunnen elkaar overigens heel dicht naderen. Zo is in recente jurisprudentie al enkele malen geoordeeld dat de gezamenlijke vennoten - het vennootschappelijk verband - als één contractspartij⁸ respectievelijk als één werkgever⁹ hebben te gelden. Dit is toch een nuance anders dan dat de werknemer van een VOF, "in werkelijkheid in dienst [is] van ieder der vennoten".¹⁰ Is het dan nog zo'n grote stap om het vennootschappelijk verband als één rechthebbende op een vordering van de vennootschap of een aan haar geleverd goed aan te merken? Het Hof Amsterdam heeft mijns inziens een stap in die richting al gezet, door te overwegen dat een vennootschapsvordering niet toekomt aan de beide uittredende vennoten omdat deze niet aan hen is gecedeerd, maar aan de VOF c.q. de beide nieuwe vennoten. Een overdracht aan laatstgenoemden werd niet nodig geacht.¹¹ Dit oordeel is interessant omdat hier in wezen een soort kwalitatieve gerechtigheid tot vennootschapsvermogen wordt aangenomen. Of kan men hierin een vorm van rechtspersoonlijkheid zien?¹²

Men kan zich afvragen of deze benadering harmonieert met ons systeem, maar geheel onbekend is zij niet. Zij doet mij

althans denken aan de benadering van o.m. Molengraaff. In zijn opvatting is de rechtspersoon in wezen een bijzondere vorm van goederenrechtelijke gerechtigdheid. De gezamenlijke leden van een corporatieve rechtsvorm moeten worden gezien, niet als evenzovele medegerechtigden, maar als één gerechtigde.¹³ Tegen deze benadering is aangevoerd dat als men de gezamenlijke leden of aandeelhouders als één eigenaar aanmerkt, men welbeschouwd het bestaan erkent van een zelfstandig rechtssubject, dat bestaat naast de individuele leden of aandeelhouders. Moet dit rechtssubject dan niet worden gezien als rechtspersoon?¹⁴

Het prikkelende van deze discussie vind ik dat zij aantoont dat men kwalitatieve gerechtigdheid kan beschouwen als een vorm van goederenrechtelijke gerechtigdheid maar ook als een (zeer lichte) vorm van rechtspersoonlijkheid. Ziet men de gerechtigdheid in vennootschappelijk verband als een vorm van kwalitatieve gerechtigdheid, dan heeft dit bij een wisseling van vennoten dezelfde werking als een rechtspersoon. Men kan het vennootschappelijk verband echter ook zien als bijzondere vorm van rechtspersoonlijkheid, die samenvalt met het collectief dat daarvan (op enig moment) als vennoot deel uitmaakt. In deze benadering kan men de gezamenlijke vennoten in die collectieve hoedanigheid aanmerken als gerechtigden tot het vennootschappelijke vermogen. Het is alles een kwestie van perspectief.

Hoewel de jurisprudentie zich misschien reeds voorzichtig in deze richting beweegt, is het de vraag of de geesten rijp zijn voor de benadering dat het vennootschappelijke vermogen moet worden gezien als een vorm van kwalitatieve goederenrechtelijke gerechtigdheid. Het goederenrecht staat nu eenmaal niet bekend om zijn souplesse en plooibaarheid. Kansrijker is daarom de oplossing te zoeken in het benoemen van het vennootschappelijk verband als rechtspersoon, zoals in het Voorontwerp is gedaan.¹⁵ Maar ook hieraan is een gevaar verbonden. Dit gevaar is dat men de personenvennootschap-rechtspersoon door een Boek 2 BW-bril gaat bezien. Het personenvennootschapsrecht zou hierdoor onnodig gecompliceerd en star kunnen worden, terwijl de eenvoud en flexibiliteit haar juist aantrekkelijk maken.¹⁶ De vraag dringt zich derhalve op of geesten wél rijp zijn om met enige souplesse om te gaan met het concept rechtspersoonlijkheid. De tijd moet dit uitwijzen,¹⁷ maar ik zou hiervoor een lans willen breken.

8 Hof Amsterdam 21 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2384, JOR 2016/266 (Amlex), m.nt. Stokkermans.
9 HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:649.
10 HR 8 april 1937, NJ 1937/640 (Kersten/Mantel).
11 Hof Amsterdam 21 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2384, JOR 2016/266 (Amlex), ro. 3.3 en 3.4.
12 Vgl. J.M. Blanco Fernández, WPNR 2003/6549, p. 754 en WPNR 2018/7190, p. 311-312, die spreekt van 'rechtssubjectiviteit'. Ik houd het erop dat vermogensrechtelijke rechtssubjectiviteit in essentie een vorm van rechtspersoonlijkheid is.

13 W.L.P.A. Molengraaff, *Leidraad bij de beoefening van het Nederlandsche handelsrecht*, Ge druk, Haarlem: De Erven F. Bohn 1930, p. 185-186.
14 Zie bijvoorbeeld de opvatting van P. Scholten, te vinden in Asser/Maeijer & Kroeze 2-1* 2015/20.
15 Zie ook het Rapport van de Werkgroep personenvennootschappen, a.w. (noot 6), p. Bijl. V-17.
16 Zie het ZIFO-praktijkonderzoek, a.w. (noot 6), p. 18-19.
17 Mocht dit niet 'lukken' dan is naast een in het goederenrecht gefundeerde oplossing, wellicht nog een optie om te spreken van een eigen 'rechtsbevoegdheid' in plaats van rechtspersoonlijkheid. Al zie ik ook wel dat dit weer tot discussies kan leiden over wat nu eigenlijk het verschil is tussen die twee.

Het startpunt van deze discussie is wat mij betreft het besef dat rechtspersoonlijkheid in wezen niet meer is dan een juridisch concept dat ertoe dient om bepaalde verschijnselen die zich in de maatschappij aandienen op adequate wijze in te bedden in het recht. Rechtspersoonlijkheid heeft als functie om juridisch onwerkbare of inefficiënte situaties te voorkomen of op te heffen. Haar karakter kan dus verschillen al naar gelang haar type en functie. Met betrekking tot de in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen, dient rechtspersoonlijkheid ertoe om een 'doel-organisatie' adequaat vorm te geven. Het betreft hier typologisch een van haar deelnemers geabstraheerd, geïnstitutionaliseerd verband dat functioneert door middel van organen met eigen taken en bevoegdheden en waarbij rechtsposities zijn verbonden aan hoedanigheden, niet aan personen. Het van zijn deelnemers geabstraheerde karakter, brengt mee dat er bij dit type rechtspersoon rechtsbetrekkingen bestaan met en tussen de bij zijn organisatie betrokkenen, die juridische inbedding behoeven. De organisatie en de rechtsbetrekkingen met en tussen de bij de organisatie betrokkenen worden daartoe beheerst door eigen, intern recht - gevormd door wet, statuten, reglementen en besluiten - dat (overwegend) objectief rechtelijk van aard is.

De personenvennootschap daarentegen is een contractueel samenwerkingsverband, waarbij de rechtsposities specifiek aan de *persoon* van de vennoten zijn gebonden. De rechtsverhoudingen zijn contractueel van aard, beheerst door het vennootschapscontract. De functionaliteit van rechtspersoonlijkheid bij de personenvennootschap is hierdoor een geheel andere dan bij de Boek 2 BW-rechtspersoon. Dit was reeds voor Meijers reden om haar regeling niet in Boek 2 BW maar in titel 7.13 BW te positioneren.¹⁸ De rechtspersoonlijkheid dient bij de personenvennootschap niet als aanknopingspunt voor vormgeving van interne rechtsverhoudingen of voor het faciliteren van het deelnemen aan het rechtsverkeer. Het dient er primair toe om de goederenrechtelijke inefficiënties die spelen bij een wisseling van vennoten op te heffen. Het type rechtspersoonlijkheid dient hierop te worden afgestemd zonder verder afbreuk te doen aan de flexibiliteit en eenvoud van het personenvennootschapsrecht.

Concreet betekent dit mijns inziens dat het streven moet zijn om het personenvennootschapsrecht zoveel mogelijk vrij te houden van Boek 2 BW-noties en dogma's. Ik noem bijvoorbeeld noties als 'behoorlijke taakvervulling' en in verband daarmee de introductie van een eigen fout-begrip ontleend aan Boek 2 BW gebaseerd op 'ernstige verwijtbaarheid'. Nog daargelaten dat over de wenselijkheid van een eigen foutbegrip voor bestuurders en commissarissen nog een levendige

discussie woedt,¹⁹ is de introductie hiervan in het personenvennootschapsrecht niet gewenst. Het staat de vennoten naar huidig recht vrij om in hun onderlinge verhoudingen te bepalen of, en zo ja, welke handelingen en fouten voor gemeenschappelijke rekening moeten komen en welke niet. Het toekennen van rechtspersoonlijkheid noopt er niet toe om hierin wijziging te brengen en zou daartoe naar mijn mening ook niet de aanleiding moeten zijn.

Een uitstapje naar het Engelse recht kan in dit verband nuttig zijn. Het Engelse recht kent van oudsher de figuur van de *charitable trust*, een verschijningsvorm van wat wij een ANBI zouden noemen. Zonder in detail te treden, kan de trust worden beschreven als een specifieke vorm van gerechtigheid tot vermogensbestanddelen. De 'legal title' tot het trustvermogen berust bij een of meer trustees. Dit brengt mee dat bij een wisseling of toetreden van een trustee, het trustvermogen (c.q. een aandeel daarin) moet worden overgedragen. Afhankelijk van de omvang en samenstelling van dat vermogen kan dat een bewerkelijke operatie zijn. Dit doet zich vooral gevoelen bij 'charitable trusts'. Enkele jaren geleden heeft de Engelse wetgeving daarvoor een oplossing gebracht, namelijk de mogelijkheid tot 'incorporeren' van de trustees.²⁰ Dit incorporeren brengt mee dat een wisseling of toetreden van trustees mogelijk is zonder dat het (aandeel in het) trustvermogen hoeft te worden overgedragen. Het incorporeren van de trustees brengt geen wijziging in de verantwoordelijkheden en plichten van de trustees.²¹

Dit brengt ons bij de figuur van de *corporation sole*. Deze is in ons recht niet bekend maar zij kent in het Angelsaksische recht vele toepassingen.²² In wezen houdt deze figuur in dat aan een bepaald 'ambt' een vorm van rechtspersoonlijkheid wordt toegekend. Interessant is dat bij deze figuur kennelijk geen rechtsverhouding wordt aangenomen tussen ambt/rechtspersoon en ambtsdrager.²³ Het ambtelijk vermogen behoort toe aan degene die op enig moment de ambtsdrager is en wel in die kwaliteit, afgescheiden van diens overige

19 De geïnteresseerde lezer kan ik aanraden de dissertatie van A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad: Civielrechtelijke en strafrechtelijke normen voor bestuurders van noodlijdende ondernemingen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, en *Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW en art. 6:162 BW* (ZIFO-reeks deel 22), Deventer: Wolters Kluwer 2017 met bijdragen van Huizink, Verdam, Timmerman, Verstijlen en De Bie Leuveling Tjeenk. Zie ook *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 9, p. 8, waar wordt ingegaan op de dissertatie van W. Westenbroek over dit thema.

20 Daarnaast is de mogelijkheid van het oprichten van een rechtspersoonlijkheid bezittende doel-organisatie geïntroduceerd (Charitable Incorporated Organisation), vergelijkbaar met onze vereniging of stichting al naar gelang van de gekozen inrichting. Zie *Charities Act* 2011, Part 11.

21 Zie *Charities Act* 2011, Part 12.

22 Zie hierover o.m. L.M. Salamon, *The international guide to nonprofit law*, New York: John Wiley & Sons 1997, p. 312. Zij was reeds bekend in het Romeinse recht. Zie R. Feenstra, *Romeinrechtelijke grondslagen van het Nederlandse privaatrecht*, 1990, p. 25-26.

23 W.F. Maitland, 'The corporation Sole', in: *Collected Papers of Frederic William Maitland*, Volume II, London: Cambridge University Press 1911, p. 241-242. Ik raadpleegde hiervoor ook Wikipedia, waar is vermeld dat 'office' en 'office holder', are inseparably fused in law. De bron waarnaar wordt verwezen, vermeldt dit inderdaad.

18 Zie *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, Toelichting*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij en Uitgeversbedrijf 1954, p. 17.

vermogen. Dit laat onverlet dat er aan het 'ambt' bevoegdheden zijn verbonden en dat er verplichtingen uit voortvloeien.

Dit uitstapje naar het Engelse recht illustreert dat rechtspersoonlijkheid vele verschijningsvormen kent en hoe flexibel men met rechtspersoonlijkheid kan omgaan. Wij kunnen hieruit leren dat aan de personenvennootschap inderdaad rechtspersoonlijkheid kan worden toegekend zonder daardoor haar eigenschappen overigens veranderen en zonder de rechtsbetrekkingen in verband hiermee te problematiseren. Dat dit kan, blijkt ook uit het wetsvoorstel uit 2002 en het voorstel dat is ontwikkeld door de Werkgroep Personenvennootschappen. Deze regelingen kennen personenvennootschappen mét en zonder rechtspersoonlijkheid, waarbij voor beide verschijningsvormen dezelfde regelingen gelden betreffende de onderlinge verhoudingen en externe relaties.

Het Voorontwerp geeft op dit punt - gelukkig - geen reden tot zorg. Het Voorontwerp bevat geen elementen van een institutionele benadering van de personenvennootschap. Er wordt evenmin gezinspeeld op een separate rechtsbetrekking tussen vennootschap-rechtspersoon en vennoot. Hiervoor is ook geen aanleiding omdat de personenvennootschap-rechtspersoon is gefundeerd in het contract tussen de vennoten. Hij valt daarom samen met het vennootschappelijke verband dat wordt gevormd door en bestaat uit de gezamenlijke vennoten. De afwikkeling van eventuele vorderingen voortvloeiend uit of verband houdend met de vennootschappelijke samenwerking, behoeft daarom geen andere basis dan het vennootschapscontract. Illustratief hiervoor is art. 805 lid 1 Voorontwerp, waarin niet meer is opgenomen dan dat de vennoten jegens elkaar gehouden zijn zich te gedragen als een goed vennoot. Een verplichting tot eerbiediging van de eisen van redelijkheid en billijk jegens de rechtspersoon, zoals opgenomen in art. 2:8 BW - is niet opgenomen.²⁴

Concluderend heeft de rechtspersoonlijkheid in het Voorontwerp een 'ultra-light' karakter, die geen afbreuk doet aan de eenvoud en aantrekkelijkheid van de personenvennootschap. Op dit belangrijke punt is naar ik meen de juiste koers uitgezet.

3. Rechtspersoonlijkheid - welke vennootschapstypen?

Over het toekennen van rechtspersoonlijkheid aan de openbare vennootschap, werd door de opvolgende ontwerpers verschillend gedacht. Meijers stond bij het ontwerpen van het NBW voor ogen dat de vennootschap onder firma

rechtspersoonlijkheid zou krijgen.²⁵ In het voorontwerp voor titel 7.13 uit 1972 werd rechtspersoonlijkheid toegekend aan alle openbare personenvennootschappen,²⁶ terwijl in het wetsontwerp uit 2002 rechtspersoonlijkheid optioneel was voor de openbare vennootschap.²⁷ In het ontwerp van de Werkgroep Personenvennootschappen uit 2016, werd weer rechtspersoonlijkheid toegekend aan alle openbare vennootschappen, te verkrijgen door inschrijving van de vennootschap in het handelsregister.²⁸

Ondanks deze verschillen, hebben deze voorstellen één punt gemeen. Dat is dat er sprake moet zijn van een openbare vennootschap om voor rechtspersoonlijkheid in aanmerking te komen. In het Voorontwerp is op dit punt een opmerkelijke keuze gemaakt. Ook de *stille vennootschap* wordt namelijk rechtspersoonlijkheid toegedacht.²⁹ Dit is een keuze om even bij stil te staan.

Kenmerkend voor de stille vennootschap is dat de vennoten handelen onder hun eigen naam.³⁰ De stille vennootschap neemt derhalve niet kenbaar deel aan het rechtsverkeer. De vennoten willen dat kennelijk ook niet. Dit roept de vraag op waarom het dan zo nodig is om rechtspersoonlijkheid op te leggen. Daar komt bij dat er bepaald bezwaren tegen in te brengen zijn. Een van die bezwaren is dat door rechtspersoonlijkheid de *paritas creditorum* wordt doorbroken doordat zakelijke crediteuren hierdoor een bevoorrechte positie verkrijgen, terwijl het bestaan van de vennootschap voor wederpartijen en derden niet kenbaar is. Dit is óók een van de bezwaren tegen het aannemen van een afgescheiden vermogen bij de stille vennootschap.³¹ In de toelichting bij deze keuze is slechts iets geschreven over het bestaan van verschillende opvattingen en dat het toekennen van rechtspersoonlijkheid op dit punt duidelijkheid brengt.³² Over de principiële kwestie of het wel terecht en wenselijk is dat het beginsel van de *paritas* bij de stille vennootschap wordt doorbroken, wordt niet gerept.

Naast dit principiële bezwaar zijn er nog wat praktische kanttekeningen bij te plaatsen. Het is mij bijvoorbeeld niet duidelijk hoe 'iets' als rechtspersoon kan functioneren, zon-

24 Omdat de verhoudingen bij de personenvennootschap louter contractueel zijn, ontbreekt overigens de noodzaak om de regeling van art. 2:8 BW over te nemen. Zie nader A.F. Verdam, 'Schending van art. 2:8 BW en onrechtmatige daad', *WPNR* 2017/7163, p. 694.

25 Zie *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, Toelichting*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij en Uitgeversbedrijf 1954, p. 17. Over de commanditaire vennootschap moest nog een knoop worden doorgemaakt. Zie ook *MvA II*, Parl. Gesch. Boek 2 BW, p. 25. Rechtspersoonlijkheid van de openbare maatschap leek niet aan de orde.

26 Zie Voorontwerp Van der Grinten 1972, art. 2 lid 2.

27 Art. 832 e.v., Wetsvoorstel tot vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek, *Kamerstukken II*, 28746.

28 Zie voor het voorstel van de Werkgroep en de toelichting daarbij: *Naar een nieuwe regeling voor de personenvennootschappen* (ZIFO-reeks deel 21), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

29 Art. 803 Voorontwerp en de concept-MvT, p. 23-25.

30 Concept-MvT, p. 8.

31 Zie hierover o.m. *GS Personenassociaties*, nr. 3.5.1 (Slagter/Tervoort) en nr. 5.10.2.1 en nr. 5.11.1.1 (Van Veen); A.J.S.M. Vervoort, *Het Nederlandse personenvennootschapsrecht* (Recht & Praktijk ONR 8), 2015, p. 151-152; W.J.M. van Veen, 'Ontwikkelingen jurisprudentie Hoge Raad ondernemingsrecht', *WPNR* 2016/7102, p. 265 e.v. G.J. Boeve, 'Het niet afgescheiden vermogen van de stille maatschap', *WPNR* 2015/7068, p. 587 e.v.

32 Concept-MvT, p. 9.

der dat dat iets een naam en waarneembare identiteit heeft. Als de vennoten op eigen naam handelen, worden contracten op hún naam gesloten en goederen aan hén geleverd. Hoe moet dan duidelijk zijn dat een rechtspersoon partij of eigenaar is geworden?³³ Ook is mij niet duidelijk hoe dan die rechtspersoon - waarvan het bestaan niet bekend is - bijvoorbeeld moet worden gedagvaard. Kortom, hoe een stille vennootschap als rechtspersoon kan functioneren in het maatschappelijk verkeer is mij niet duidelijk. Ik zie het niet. Wél zie ik hoe deze regeling gemakkelijk tot verwarrende situaties kan leiden omdat de vennoten steeds op eigen naam handelen, terwijl het bestaan van een vennootschap-rechtspersoon niet bekend is; meer dan eens ook niet bij de vennoten zelf.

Voor het toekennen van rechtspersoonlijkheid aan de stille vennootschap ben ik dan ook nog niet gewonnen.

4. De wijze van verkrijgen van rechtspersoonlijkheid

Een belangrijke keuze bij het introduceren van rechtspersoonlijkheid voor de personenvennootschap, is de wijze waarop rechtspersoonlijkheid wordt verkregen. Wordt dit een notariële akte zoals in het wetsvoorstel uit 2002, inschrijving in het handelsregister zoals in het voorstel van de Werkgroep personenvennootschappen, of wordt dit het enkele feit dat aan de kenmerken van de overeenkomst van vennootschap wordt voldaan zoals in het voorstel uit 1972? In het Voorontwerp is voor de laatste optie gekozen, met dien verstande dat niet-ingeschreven vennootschappen beperkte rechtsbevoegdheid hebben, gelijk de informele vereniging. De in het handelsregister ingeschreven vennootschap heeft volledige rechtsbevoegdheid (zie art. 803 Voorontwerp).

Blijkens de toelichting hebben de ontwerpers hiervoor inspiratie gevonden in een citaat van Meijers uit 1961, dat ten grondslag ligt aan de regeling voor de informele vereniging.³⁴ Deze keuze zou leiden tot een belangrijk eenvoudiger regeling dan wanneer inschrijving in het handelsregister als vereiste zou worden gesteld. Als ik het goed zie, houdt deze vereenvoudiging in dat in de regeling geen rekening hoeft te worden gehouden met het bestaan van een (afgescheiden) gemeenschappelijk vermogen bij niet-ingeschreven vennootschappen.³⁵ Bij dit laatste zijn wel wat kanttekeningen te plaatsen. Het is op zich juist dat aanknoping bij een formeel vereiste voor rechtspersoonlijkheid meebrengt dat rekening moet worden gehouden met het bestaan van personenvennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid. Dat de figuur van de afgescheiden goederenrechtelijke ge-

meenschap in de praktijk als complex wordt ervaren en tot veel vragen leidt, is echter wel wat zwaar aangezet. Zij is goed uitgekristalliseerd en de praktijk weet zich er al ruim een eeuw prima mee te redden. De figuur van afgescheiden vermogens is bovendien ook helemaal niet vreemd aan het Nederlandse recht. Wij kennen deze figuur bijvoorbeeld in het huwelijksvermogensrecht en het erfrecht.

Daarbij komt dat de voorgestelde regeling haar eigen goederenrechtelijke complicaties doet ontstaan. Dit blijkt uit het voorbeeld in de concept-MvT, met betrekking tot een niet-ingeschreven vennootschap waarbij de vennoten de inbreng zijn overeengekomen van een registergoed. Omdat de vennootschap dit registergoed niet kan verkrijgen, wordt het goed geleverd aan de gezamenlijke vennoten. Hierdoor zou een eenvoudige gemeenschap ontstaan.³⁶ Dit is echter in zoverre een wat te eenvoudige voorstelling van zaken, dat een gebonden gemeenschap tot stand wordt gebracht. Nu de wet hierover niets bepaalt, is bovendien allerm minst zeker dat dit vermogen geen afgescheiden karakter heeft. De jurisprudentie zou zich op dit punt kunnen voortzetten. Mocht de jurisprudentie zich zo ontwikkelen dat het vermogen geen afgescheiden karakter heeft, dan moet de conclusie zijn dat in vergelijking tot het huidige recht een verslechtering optreedt van de positie van (vennootschaps) crediteuren. Dat leek toch niet de insteek te zijn. Samenvattend, kan men niet zonder meer spreken van een verduidelijking.

Los hiervan kunnen bij de keuze in het Voorontwerp enkele kanttekeningen worden geplaatst. De eerste is dat de regeling voor de informele vereniging is ingevoerd in 1976. Meijers (1961) en Van der Grinten (1972) konden toen nog niet weten hoe deze regeling zou uitpakken. Inmiddels blijkt dat de vraag of in een concreet geval sprake is van een informele vereniging/rechtspersoon, tot een aanzienlijke en nog steeds uitdijende hoeveelheid jurisprudentie aanleiding heeft gegeven.³⁷ De ervaring heeft derhalve inmiddels geleerd dat deze regeling wellicht op papier eenvoudig oogt, maar in de praktijk tot complicaties leidt. Dit zal bij de personenvennootschap niet anders zijn. Ook zij kan vormvrij en dus onbedoeld en onbewust tot stand komen. Er blijkt dan tot verrassing van alle betrokkenen een rechtspersoon te zijn. Ook het omgekeerde kan zich voordoen: partijen (of een van hen) menen een vennootschapscontract te hebben, maar dit blijkt niet zo te zijn. In deze gevallen blijken dan de vermogensposities uiteindelijk geheel anders dan dat de vennoten en/of hun crediteuren veronderstelden, met alle gevolgen van dien. Aan de in de concept-MvT veronderstelde bijdrage aan de duidelijkheid voor zowel vennoten als schuldeisers, wordt aldus in niet onaanzienlijke mate afbreuk gedaan door de onduidelijkheid of er al dan niet sprake is van een vennootschapscontract/rechtspersoon. Daarbij komt dat een en ander zich gemakkelijk lijkt te lenen voor chicaneuze (proces) praktijken.

33 Dit geldt in het bijzonder voor op naam gestelde goederen zoals aandelen op naam en registergoederen. In de concept-MvT, p. 12, wordt gesuggereerd dat de stille vennootschap kan worden ingeschreven in het handelsregister en aldus volledige rechtsbevoegd zou kunnen zijn (art. 803 Voorontwerp).

34 Concept-MvT, p. 23-24.

35 Concept-MvT, p. 24-25.

36 Concept-MvT, p. 12.

37 Men zie o.m. Dijk/Van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2013, p. 46-47.

Voor de Werkgroep was de geschetste problematiek aanleiding om inschrijving in het handelsregister als voorwaarde te stellen voor het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid. Het is daarom opvallend dat in de concept-MvT op deze problematiek niet wordt ingegaan. Het is niet voor niets dat de minister zich bij de behandeling van het wetsvoorstel uit 2002 op het standpunt stelde “dat rechtspersoonlijkheid ter voorkoming van onzekerheden steeds verbonden zal moeten worden aan de vervulling van bepaalde formele vereisten.”³⁸

Voor aanknopings bij een formeel vereiste kunnen nog wat andere argumenten worden aangevoerd. Zo brengt de voorgestelde regeling mee dat een NV/BV i.o. die aan de kenmerken voldoet van de personenvennootschap, reeds vóór oprichting (onbewust) rechtspersoon is. Dit roept vragen op in relatie tot de regeling in art. 2:93/203 BW. Kan bijvoorbeeld de NV/BV i.o. (ook) worden aangemerkt als de handelende persoon in de zin van art. 2:93/203 BW? Moet de NV/BV i.o. na oprichting van de NV/BV worden ontbonden en afgewikkeld overeenkomstig de regeling in Titel 7.13 BW? Etc. Zou men een formeel vereiste stellen voor het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid, zoals inschrijving in het handelsregister, dan kunnen deze complicaties buiten de deur worden gehouden. Voor de overgang van een reeds bestaande rechtspersoonlijkheid bezittende personenvennootschap naar een NV/BV, wordt bij voorkeur een omzettingsregeling opgenomen. Het Voorontwerp voorziet hierin nog niet.

Een laatste punt dat ik in dit verband noem, is dat de in het Voorontwerp voorgestelde regeling in lijkt te gaan tegen de trend dat obscure, niet-traceerbare rechtspersonen en hun UBO's moeten worden teruggedrongen. Nederland is op grond van internationale afspraken gehouden om zorg te dragen voor transparantie van rechtspersonen en hun UBO's. Hiertoe moet adequate en betrouwbare informatie aanwezig zijn en op korte termijn beschikbaar kunnen worden gesteld.³⁹ De voorgestelde regeling verhoogt echter de kans dat rechtspersonen – al dan niet bewust – tot stand kunnen worden gebracht en voortbestaan zonder dat het bestaan daarvan bij overheidsinstanties bekend is. Partijen uit binnen- en buitenland zouden hiervan gebruik willen kunnen maken. Ook dit pleit ervoor om het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid te koppelen aan een formeel vereiste.

5. Afronding

Over de keuze om de personenvennootschap rechtspersoonlijkheid toe te kennen, kan men positief zijn. Rechtspersoonlijkheid kan aan de aantrekkelijkheid van de personenvennootschap bijdragen. Een voorwaarde hiervoor is dat het personenvennootschapsrecht gevrijwaard blijft van

Boek 2 BW-noties en -dogmatiek. Enigszins ‘riskant’ in dit opzicht is dat begrippen worden gebruikt uit Boek 2 BW zoals bestuur en besluit en dat wordt verwezen naar art. 2:4 en 2:5 BW, maar dit heeft niet geleid tot een Boek 2 BW-reflex. Het Voorontwerp voldoet daarom naar ik meen aan de hierboven gestelde voorwaarde.

Minder positief ben ik over de keuze om ook de stille vennootschap rechtspersoonlijkheid toe te kennen en meer in het algemeen rechtspersoonlijkheid te laten ontstaan indien de samenwerking voldoet aan de materiële kenmerken van het vennootschapscontract. Hiervoor is geen noodzaak en er kleven bepaald ook bezwaren aan. Zo leidt het bij de stille vennootschap tot doorbreking van het beginsel van de paritas creditorum zonder dat crediteuren zich daartegen kunnen wapenen. Bij de openbare vennootschap leidt het tot rechtsonzekerheid omtrent het bestaan van een rechtspersoon en daarmee de vermogensposities. Zowel partijen als hun crediteuren kunnen hierdoor gemakkelijk voor onaangename verrassingen komen te staan. Verder zijn er bij de voorgestelde regeling vragen te stellen met betrekking tot internationale verplichtingen van Nederland om zorg te dragen voor transparantie van rechtspersonen en hun UBO's.

Deze en andere bezwaren kunnen gemakkelijk worden weggenomen door aan te knopen bij een formeel criterium voor het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid. Inschrijving in het handelsregister, zoals ook in andere landen gebruikelijk is, leent zich hiervoor. Dat er dan net iets meer in de wet geregeld moet worden, zou geen argument moeten zijn om hiervan af te zien.

38 Kamerstukken II 2003/04, 28 746, nr. 5 (NnavV), p. 3.

39 Zie o.m. FAFT, *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*, nr. 24. Genoemd kan ook worden de wetgeving tot implementatie van Richtlijn 2015/849 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld, strekkende tot invoering van een UBO-register.